



En lo principal: **Dúplica.**

Otrosí: **Personería.**

TRIBUNAL ARBITRAL

“CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE”

CAROLINA VASQUEZ ROJAS, Abogada Procurador Fiscal (S) de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, en representación del FISCO DE CHILE - MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, en autos arbitrales del contrato de concesión de la obra pública fiscal “CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE”, expediente rol N° 1-2018, al Tribunal Arbitral digo:

Dentro del plazo previsto en las normas que rigen el procedimiento ante este Tribunal Arbitral, vengo en evacuar el traslado para duplicar conferido por resolución de fecha 14 de mayo de 2018, notificada a esta parte con fecha 15 de mayo de 2018, ratificando lo expuesto y argumentado en el escrito de contestación de la demanda y manifestando que la Sociedad Concesionaria en su escrito de réplica no aporta nuevos antecedentes o argumentos que desvirtúen lo señalado por esta parte o que fundamenten la supuesta improcedencia de las multas que son objeto de estos autos.

Con todo, atendido lo señalado por la demandante en su escrito de réplica, cabe expresar lo siguiente:

1.- Respecto del “decaimiento del acto administrativo” que impuso las multas reclamadas:

La Sociedad Concesionaria agrega a la Litis una nueva argumentación, la del decaimiento del acto administrativo que impuso las multas, el que lo asimila – erróneamente – a sus alegaciones de prescripción de la acción deducida, los que deberán ser rechazados por el Tribunal Arbitral según las argumentaciones que paso a exponer.

Primero, el “Decaimiento del Procedimiento Administrativo Sancionador” no fue alegado en la demanda. La Sociedad Concesionaria señala en su Réplica que el haber alegado la prescripción la habilitaría para alegar el denominado decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, pretendiendo de manera improcedente confundir ambas instituciones.

Al respecto se debe recordar que la figura del decaimiento administrativo no tiene aplicación, por cuanto no existe norma legal ni reglamentaria en nuestro Ordenamiento Jurídico, que consagre la figura del decaimiento del procedimiento sancionatorio, ni tampoco en el presente contrato de concesión.

El contrato de concesión contempla disposiciones precisas sobre qué sucede cuando el Concesionario incumple sus obligaciones contractuales, situación que habilita al MOP para aplicar las multas que el mismo contrato contempla, siguiendo el procedimiento establecido para ello en dicho instrumento.

La Sociedad Concesionaria en apoyo a su nueva alegación cita jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema. Sin embargo, la contraria olvida que el decaimiento ha sido utilizado por la Corte Suprema de un modo extraño, aplicando el decaimiento no al acto administrativo sino que al procedimiento administrativo sancionador. Así las cosas, la figura del decaimiento sólo se puede presentar en la eficacia y vigencia del acto administrativo, pero no de su procedimiento, pues este último sólo cumple la finalidad de ser el vehículo para la dictación del mismo¹, por tanto no es posible aceptar un decaimiento del procedimiento, por cuanto en la especie el procedimiento como tal se encuentra terminado, con la dictación del acto (multas), por lo que no resulta posible considerar algo finalizado como extinguido o que pierda su eficacia.

En el caso que nos ocupa, la aplicación de multas a la Sociedad Concesionaria se verifica en caso de incumplimientos de las obligaciones contractuales contraídas libremente por ella y no en virtud de una infracción administrativa, como sería el caso de las sentencias citadas por la contraria. En la especie, la fuente directa de la sanción no es la Ley, sino que el contrato, por lo tanto ni siquiera es posible aplicar la tesis de la Corte Suprema en este caso, toda vez que no estamos ante un procedimiento administrativo sancionador, sino que frente a un procedimiento de aplicación de sanciones de carácter contractual.

Considerando lo expuesto, se debe desestimar la nueva alegación de fondo intentada por la demandante en su escrito de réplica.

¹ Luis Cordero Vega, *“El Decaimiento del procedimiento Administrativo Sancionador. Comentarios a las Sentencias de la Corte Suprema del año 2010”*. Anuario de derecho Público Universidad Diego Portales, Santiago Chile, Editorial Ediciones UDP, 2011, pág. 247.

En relación con la excepción de prescripción alegada por la Sociedad Concesionaria, debemos señalar al Tribunal Arbitral que recientemente la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema falló que el plazo de prescripción de la acción fiscalizadora de la autoridad sanitaria es de 5 años conforme a las normas del Código Civil y no 6 meses (o 5 años) de acuerdo al Código Penal.²

A continuación transcribimos el Considerando Sexto del fallo mencionado en el párrafo anterior: *“Sexto: Que como se ha consignado, el recurrente utiliza argumentos alternativos para el cómputo del plazo de prescripción de la acción fiscalizadora.*

“Afirma que éste se cuenta desde que se cometió la supuesta falta, alegando al respecto que el plazo debe ser de 6 meses, conforme a las normas que cita del Código Penal y no el contemplado en el Código Civil, y luego alega que éste se cuenta desde la fecha del acta de inspección hasta la de notificación de la multa.

“Dicha argumentación, por sí sola es suficiente para rechazar el arbitrio, pues, como es sabido, este recurso es de derecho estricto, y quien invoca el yerro cometido por los sentenciadores debe denunciar el error de derecho cometido partiendo de un supuesto de razonamiento que indique a esta Corte en forma unívoca –y no alternativa- el error de derecho cometido por el fallo atacado.

“En el caso de autos, es un hecho asentado que el acta de inspección es de fecha 12 de marzo de 2015 y que en la misma fecha se inició el procedimiento sancionatorio, efectuando los descargos la reclamante el día 19 del mismo mes y año, reconociendo al efecto las infracciones detectadas; razón por la cual, en la primera fecha citada se produjo la interrupción de la prescripción de la acción fiscalizadora de la Administración.

“En otros términos, no tiene influencia en la decisión del fallo, la consideración de un plazo de prescripción de 6 meses o de 5 años, pues en ninguno de los supuestos se cumplió el término de prescripción de la acción fiscalizadora.

“A mayor abundamiento, respecto de la aplicación de las normas del Código Penal que regulan la prescripción de la acción fiscalizadora, al procedimiento administrativo sancionador, esta Corte ya ha señalado en reiteradas oportunidades

² Fallo CS de 07.05.2018 en autos Ingreso N° 765-2018, caratulados “Roig Soto, Carmen Patricia con Fiscal de Chile”.

que, si bien la potestad sancionadora de la Administración forma parte del denominado ius puniendi del Estado, no es menos cierto que la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, por lo que debe hacerse una aplicación matizada de los principios del derecho penal en materia de sanción administrativa, excluyéndose para estos efectos la regulación de los artículos 94 y 95 del Código Penal, aplicándose las normas del artículo 2515 del Código Civil”.-

Resulta entonces que la Excm. Corte Suprema establece que el plazo máximo para que prescriba la acción del Estado Sancionador es de 5 años. En consecuencia, en el presente caso, ya sea que consideremos las multas aplicadas como parte del ius puniendi estatal o no, el plazo máximo de prescripción será de 5 años, plazo que no se cumplió en la especie, por lo que en ningún caso hay prescripción de la acción sancionadora, debiendo rechazarse esta alegación de la Sociedad Concesionaria.

2.- Respetto del “cabal cumplimiento” dado por la Sociedad Concesionaria a las BALI:

La Sociedad Concesionaria en el escrito de réplica, nuevamente y de manera genérica, sostiene haber dado cabal cumplimiento a las obligaciones contenidas en las BALI, centrando su análisis respecto a su solicitud de sustitución de garantía de construcción y la respuesta a dicha solicitud que fue dada por el Inspector Fiscal.

En este punto, se debe recordar que la Sociedad Concesionaria no cuestiona ni rebate el hecho cierto que infringió el artículo 1.8.1.1 de las BALI, que en su párrafo 5° dispone: “Todas las garantías de construcción deberán permanecer vigentes durante todo el período de construcción de la obra, más seis (6) meses, debiendo ser renovadas a lo menos noventa (90) días antes de su fecha de vencimiento” (Énfasis añadido), cuya infracción fue sancionada mediante la Resolución DGOP (E) N° 695 de 20 de febrero de 2018.

En nuestra contestación, se aclaró que la obligación incumplida – por la que se cursó la multa - no tiene relación con la solicitud de sustitución de garantía de construcción formulada por la Sociedad Concesionaria en su carta de fecha 30 de abril de 2015, y que las Bases de Licitación no exigen una autorización previa, sino solo la acreditación del cumplimiento del respectivo hito para proceder al reemplazo de la garantía por el monto menor señalado en la Tabla N° 4 del artículo 1.8.1.1 de las BALI. La Sociedad Concesionaria omite mencionar que mediante anotación en Libro de

Obras N° 141, de fecha 25 de julio de 2014, el Inspector Fiscal le informó que se ha dado cumplimiento al hito del 70% de avance de las obras, es decir, la demandante conoció 9 meses antes de su carta de fecha 30 de abril de 2015 la circunstancia de haberse acreditado el 70% del estado de avance de las obras, lo que le habilitaba a sustituir la garantía de construcción.

En consecuencia, sí la actora decidió hacer efectiva la sustitución de garantía de construcción prevista en las BALI mediante solicitud de autorización al Inspector Fiscal, debió realizarlo con la anticipación necesaria, de manera que este trámite no entorpeciera el oportuno cumplimiento de la obligación cuya infracción ha sido sancionada, consistente en renovar las garantías de construcción a lo menos noventa (90) días antes de su fecha de vencimiento. La demandante no puede pretender aprovecharse de su torpeza, inacción o negligencia, para intentar justificar el incumplimiento de las obligaciones que válida y libremente contrajo en virtud del presente contrato de concesión de obra pública fiscal.

El hecho que el Inspector Fiscal hubiese evacuado una respuesta con fecha 20 de mayo de 2015 a la aludida solicitud de la Sociedad Concesionaria (30 de abril de 2015), es absolutamente irrelevante para la resolución del presente litigio, y su referencia no resulta pertinente para intentar justificar el incumplimiento que fue sancionado, es decir, no justifica el atraso en la renovación de la Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Concesiones de Obras Públicas en que ha incurrido la SC, en abierta contradicción con lo dispuesto en el párrafo 5° del artículo 1.8.1.1 de las BALI.

3.- Respecto de la infracción de las normas de interpretación de los contratos.

La Sociedad Concesionaria en su réplica sostiene – equivocadamente – que en nuestra legislación no existen otras normas de interpretación que aquellas consagradas en los arts. 19 al 24 del Código Civil, olvidando aquellas especiales destinadas a la interpretación de los contratos del mismo cuerpo legal.

No obstante lo anterior, lo que esta defensa señaló al contestar la demanda fue que el contrato de autos se rige por las normas del derecho público donde el Estado solo puede celebrar los actos que le están expresamente permitidos, y se incorporan a este toda la normativa que se cita en el mismo, no dando cabida a interpretaciones analógicas propia del derecho privado.

Entonces el contrato de autos, junto con las obligaciones de las partes deberán establecerse de acuerdo a lo expresado en el texto celebrado por las partes e integrado por los antecedentes en el mismo señalados, y a la luz de tales obligaciones deberá establecerse si la Sociedad Concesionaria dio o no cumplimiento en forma y plazo a sus obligaciones, y en caso negativo si las multas aplicadas se encuentran fijadas en dichos documentos y fueron aplicadas en conformidad a ellos.

4.- Respetto del principio de “buena fe” supuestamente vulnerado por el MOP.

La Sociedad Concesionaria alega que habría solicitado al MOP la sustitución de la garantía contractual con antelación a los 90 días que señala el contrato, lo que solo vino a cumplir después de los plazos legales atendida la respuesta tardía de aquel.

Tal como se sostuvo en la contestación de la demanda y en el segundo numeral de este escrito, el hecho que el Inspector Fiscal hubiese evacuado una respuesta con fecha 20 de mayo de 2015 a la solicitud de la Sociedad Concesionaria (30 de abril de 2015), es absolutamente irrelevante y no justifica el atraso en la renovación de la Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Concesiones de Obras Públicas en que ha incurrido la Sociedad Concesionaria.

POR TANTO,

RUEGO AL TRIBUNAL ARBITRAL, se sirva tener por evacuado el trámite de la dúplica.

OTROSÍ: Sírvase S.S. tener presente que mi personería para actuar en representación del Fisco de Chile, como Abogado Procurador Fiscal Subrogante de Santiago, consta en el Certificado otorgado por el Secretario Abogado del Consejo de Defensa del Estado, que en este acto acompaño, con citación.





CERTIFICADO

Certifico, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 28 del DFL N°1, de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de agosto de 1993, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, que conforme con los dictámenes N°46.195 de 2005, y N°10.214 de 2017, de la Contraloría General de la República, corresponde que el Directivo Grado 4° de la E.U.R., abogada Sra. **Carolina Vásquez Rojas**, subrogue al Abogado Procurador Fiscal de Santiago, en ausencia o impedimento de éste.

Santiago, 30 MAYO 2018

CONSEJO DE DEFENSA DEL
ESTADO
SECRETARIO
ABOGADO

Keny Miranda Ocampo
Secretario Abogado
CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO